

NUEVAS TRIBULACIONES DEL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA EN FRANCIA

Por

JAVIER BARCELONA LLOP
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. LA TANGIBILIDAD DE LAS OBRAS PÚBLICAS CONSTITUTIVAS DE VÍA DE HECHO: 1. *La Sentencia Binet, del Tribunal de Conflictos, y su eco inmediato en el Tribunal de Casación.* 2. *Primer presupuesto de la competencia del juez civil: una vía de hecho administrativa.* 3. *Segundo presupuesto de la competencia del juez civil: ausencia de un procedimiento apropiado de regularización.*—III. EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y LA TANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA: EL ARRÊT DEL CONSEJO DE ESTADO DE 29 DE ENERO DE 2003.—IV. FINAL.

I. PRELIMINAR

Cuando ultimo estas páginas, hace apenas tres años que dejaba listo para la imprenta un estudio sobre la protección jurídica de la obra pública en Francia. En él prestaba particular atención al llamado *principio de intangibilidad*, formulado por la jurisprudencia más o menos a mediados del siglo XIX, condensado en un aforismo que ha hecho fortuna (*ouvrage public mal planté, ne se détruit pas*) e implacablemente aplicado por los jueces civiles y administrativos durante generaciones. Ese trabajo se hacía eco de ciertos acontecimientos legislativos y jurisprudenciales que, en los primeros años de la década de los noventa del siglo XX, anunciaban una cierta flexibilización del principio mentado, secularmente rígido e invulnerable. Aunque los elementos de juicio entonces disponibles no eran por completo concluyentes, flotaba en el ambiente la sensación de que, inmóvil durante ciento cincuenta años, la fisonomía jurídica del principio de intangibilidad estaba cambiando (1).

Si vuelvo sobre el asunto es porque ya hay algo más que una sensación. En dos decisiones de mayo de 2002 y enero de 2003, el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado han modificado el semblante del principio de intangibilidad de la obra pública, que ha sido tocado. *Touché*,

(1) Vid. J. BARCELONA LLOP: *La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)*, núm. 154 de esta REVISTA, 2001, 463 ss. A la bibliografía citada allí añado ahora M. P. MAÎTRE: *Le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public*, «Les Petites Affiches», 22 de noviembre de 1999, 5 ss., del que no tuve conocimiento en su día. Con posterioridad, la síntesis de S. BRONDEL: *Le principe d'intangibilité des ouvrages publics: réflexions sur une évolution jurisprudentielle*, «AJDA», 21 de abril de 2003, 761 ss.

como dicen los espadachines en las novelas y en las películas, francesas o no. Más adelante calcularemos la profundidad de las estocadas que ha recibido; advirtamos ahora que no le han causado heridas de muerte. El principio de intangibilidad de la obra pública no está en ruinas, no es una momia ni un recuerdo de tiempos mejores o peores; sigue ahí, vivo, pero compelido a vivir de otra manera. Menos arrogante y más atento a lo que nunca estuvo: a los derechos de los ciudadanos. Y entre ellos al de propiedad, cuya garantía ha reforzado el *Conseil Constitutionnel* en las postrimerías del siglo pasado (2) y cuyo grado de protección por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se considera una de las razones que han contribuido a la revisión del principio de intangibilidad de la obra pública (3).

Aunque esa revisión es fruto de dos decisiones del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado y en ellas quiero centrar la atención, no me resisto a dar cuenta ahora de un incidente singular: el *Médiateur de la République* ha conseguido que la Administración acepte desplazar una obra pública contra la que un ciudadano se había quejado por las molestias que le causaba (4). El episodio confirma algo ya sabido desde hace mucho

(2) L. FAVOREU y L. PHILIP: *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, París, Sirey, 2001 (11.^a ed.), 472 ss. En esta obra, y a la vista de la evolución de la jurisprudencia constitucional, los autores matizan una afirmación que aparecía en ediciones anteriores (por ejemplo, en la 7.^a, de 1993, 487) y que el propio FAVOREU había sostenido en solitario («La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789», en *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, París, PUF, 1989, 138 ss.); a saber: que el derecho de propiedad es de rango inferior al de otros derechos o libertades fundamentales a la vista de la protección constitucional que se le dispensa. Dicen ahora FAVOREU y PHILIP que ciertas decisiones del Consejo Constitucional dictadas a partir de 1998 «conduisent à revenir sur cette interprétation dans la mesure où le Conseil Constitutionnel semble s'acheminer vers un renforcement de la protection constitutionnelle accordée au droit de propriété».

(3) La opinión está generalizada. Por ejemplo, BRONDEL: *op. cit.*, 765-766. En sus conclusiones a la decisión del Consejo de Estado de 29 de enero de 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, que más adelante nos ocupará, la Comisaría del Gobierno Ch. MAUGUÉ considera que la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho de propiedad «doit à notre sens conduire le juge interne à modifier son raisonnement initial et à accepter de nuancer le statut d'immunité de l'ouvrage public» («RFDA», núm. 3, 2003, 480). Panoramas generales sobre esa jurisprudencia europea en L. CONDORELLI: «Premier protocole additionnel. Article 1», en L.-E. PETTITI, E. DECAUX y P.-H. IMBERT: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Economica, 1999 (2.^a ed.), 972 ss.; J. F. RENUCCI: *Droit européen des droits de l'homme*, París, LGDJ, 2001 (2.^a ed.), 273 ss.

(4) Del episodio citado no tengo otros datos que los que suministra la página web del *Médiateur de la République* (www.mediateur-de-la-republique.fr, varias entradas entre mayo y octubre de 2003). Puesto que aparece bajo la rúbrica *Les cas significatifs. Urbanisme*, donde, por cierto, sólo se informa acerca de otros dos más, es evidente que la propia Institución considera que merece la pena darle alguna publicidad. Sí parece claro que la intervención del *Médiateur* se ha producido este mismo año de 2003, pues no hay mención alguna a ella en el Informe correspondiente a 2002 (disponible en la citada página web). Los hechos fueron los siguientes. El señor L. vivía en las inmediaciones de un transformador eléctrico cuya presencia y funcionamiento le ocasionaban perjuicios reales y verdaderos. El interesado se dirigió a *Électricité de France* solicitando la supresión del transformador, a lo que la requerida adujo que las obras públicas son intangibles y es imposible demolerlas por la simple petición de un particular. El señor L. solicitó entonces la intercesión del *Médiateur*, quien intervino en su favor y pidió a la mancomunidad de municipios responsable

tiempo: si la Administración quiere, una obra pública puede ser desplazada, destruida o modificada; el principio de intangibilidad sólo ha vinculado a los jueces y la Administración ha podido y puede derogarlo a voluntad. De hecho, el juez administrativo ha brindado tradicionalmente a la Administración la posibilidad de elegir entre indemnizar y desplazar, modificar o destruir la obra pública, que siempre ha sido potencialmente tangible para ella. Nada nuevo, pues, en la solución final. Sin embargo, es llamativo que el *Médiateur* haya intervenido en un asunto como éste. Si esta institución tiene como función proteger al ciudadano frente a la omnipotencia de la Administración, promover más justicia y contribuir a la necesaria adaptación del Derecho a las exigencias de una sociedad en mutación (5); si le corresponde encontrar, junto a las autoridades administrativas, la forma de satisfacer las reclamaciones de los ciudadanos frente a los casos de *maladministration* (6), parece que ha encontrado en el principio de intangibilidad de la obra pública un motivo para preocuparse.

Aun huyendo de especulaciones, cabe pensar que el *Médiateur* ha considerado que, en el caso para el que fue llamado, no había razones serias que justificaran la indemnidad de la obra pública. Su intervención no puede interpretarse como reveladora de una enemiga total contra el principio de intangibilidad, sino como un rechazo a las consecuencias que resultan de su aplicación a un caso determinado. Como vamos a ver, ése es, en definitiva, el estado actual de la cuestión, especialmente en la jurisprudencia administrativa. El principio de intangibilidad no ha sido puesto en la picota, pero sí desacralizado, y a partir de ahora el reconocimiento de que la obra pública irregular debe quedar indemne no es fruto del ímpetu irresistiblemente arrollador de una creación jurisprudencial centenaria, sino el hipotético resultado de un proceso intelectual que habrá que hacer a la vista de las circunstancias de cada caso.

Concluyo esta presentación señalando que he tenido conocimiento de los últimos avatares del principio de intangibilidad de la obra pública por azar; me he encontrado con ellos inopinadamente, sin ir en su busca. Sólo haber escrito antes sobre él me ha animado a dar cuenta de su estado actual. El resultado son estas páginas de corte básicamente informativo, que no se detienen en propuestas hermenéuticas o en análisis minuciosos y evitan circular por las seductoras carreteras secundarias que llevan a parajes cercanos al escenario donde se desarrolla el núcleo esencial de la trama (7).

del servicio que desplazara el transformador a otro lugar. *Excepcionalmente* (*sic*), la mancomunidad accedió a ello y el asunto quedó zanjado a satisfacción de todos.

(5) Son palabras de A. CHANDERNAGOR, que cita J. ROBERT: *Droits de l'homme et libertés fondamentales* (con la colaboración de J. DUFFAR), París, Montchrestien, 1996 (6.ª ed.), 167.

(6) Literalmente, R. CHAPUS: *Droit Administratif Général*, París, Montchrestien, 2001 (15.ª ed.), tomo I, 462-463.

(7) Es posible que algún lector especialmente interesado y exigente hubiera preferido que este trabajo bebiera directamente de las ubres francesas, allí donde están y son más. Yo también, por las mismas razones y por otras distintas y más personales. Sea como fuere, debo y quiero mostrar una vez más mi gratitud y reconocimiento público al Servicio de Acceso al Documento de la Biblioteca de la Universidad de Cantabria, que ha vuelto a acreditar su eficacia y bien hacer.

II. LA TANGIBILIDAD DE LAS OBRAS PÚBLICAS CONSTITUTIVAS DE VÍA DE HECHO

1. *La Sentencia Binet, del Tribunal de Conflictos, y su eco inmediato en el Tribunal de Casación*

El principio de intangibilidad de la obra pública ha sido tan poderoso que incluso los jueces civiles han rehusado ordenar el desplazamiento o demolición de las obras públicas constitutivas de vías de hecho. Tan sólo ha escapado al criterio un caso muy concreto: el previsto en el artículo 12 de la Ley sobre distribución de la energía, de 15 de junio de 1906, en cuya virtud esos jueces han entendido que podían ordenar la supresión de las líneas eléctricas tendidas en condiciones generadoras de vía de hecho (8). Pero, fuera de esta hipótesis, ha señoreado la regla mencionada.

Sobre tal situación ha impactado con fuerza la decisión del Tribunal de Conflictos *M. et Mme. Binet c/ Electricité de France*, de 6 de mayo de 2002, que abre una perspectiva por completo nueva (9). Los Binet habían logrado que el Tribunal Administrativo de Versailles anulara una decisión municipal que permitía que *Électricité de France* instalara en un determinado lugar de una calle un transformador. La anulación se debió a que el sitio escogido formaba parte de la propiedad de los colindantes. Solicitada la supresión del transformador y el abono de una indemnización por los perjuicios causados durante el tiempo en el que la obra pública estuvo implantada, los jueces civiles se declararon incompetentes porque consideraron que no había vía de hecho (10). El asunto llegó al Tribunal de

(8) Vid., por ejemplo, Cass. Civil, 25 de marzo de 1997, *Sté Provellec c. Mme. Le Courey et Autre*, en «Le Dalloz», 1998, somm. comm., 59-60; Tribunal de Apelación de Bourges, 4 de abril de 2001, *Bergeron c. EDF*, en «CJEG», núm. 593, 2002, 658 ss., con nota de R. SAVIGNAT. En el cuerpo de esta última decisión podemos leer «que les parties sont en désaccord sur la nature juridique de l'ouvrage édifié par EDF sur la propriété de M. Bergeron; que ce débat n'a toutefois que peu d'intérêt devant la Cour; que, même si la ligne électrique litigieuse présente tous les critères d'un ouvrage public, il est de principe que l'existence d'une voie de fait sur laquelle M. Bergeron fonde ses prétentions peut être caractérisée, que l'ouvrage en cause soit ou non public, et que le juge judiciaire dispose en vertu de la loi du 15 juin 1906, pour le cas où il retient l'existence de une telle voie de fait, du pouvoir d'ordonner la suppression de l'installation implantée par EDF, et ce par exception au principe d'intangibilité de l'ouvrage public». Vid. también el comentario de P.-E. DELAGE a las decisiones del *Tribunal de Grande Instance* de Marsella de 26 de octubre y 2 de noviembre de 2001, en «CJEG», núm. 593, 2002, 656-657. Con todo, no sería honesto ocultar que un experto en estas materias alberga ciertas dudas acerca del alcance exacto de esta corriente jurisprudencial; vid. P. SABLIERE: *Le juge judiciaire peut-il, en cas de voie de fait, ordonner l'enlèvement d'une ligne électrique?*, «CJEG», febrero de 2000, 73 ss.

(9) Puede consultarse en «AJDA», núm. 19, 18 de noviembre de 2002, 1229 ss., con nota de P. SABLIERE, y en «CJEG», núm. 593, 2002, 646 ss., acompañada de un comentario de B. GENEVOIS. Otras referencias al asunto *Binet* en la nota de Ch. LAVIALLE a la decisión del Consejo de Estado de 29 de enero de 2003, que luego ocupará nuestra atención, «RFDA», núm. 3, 2003, 488-490; BRONDEL: *op. cit.*, 764.

(10) Téngase en cuenta que sólo los jueces civiles son competentes para pronunciarse sobre los daños y perjuicios ocasionados por una vía de hecho administrativa. Ésa era la pretensión que se ventilaba ante ellos, debiéndose la declaración de incompetencia a que no consideraron que la actuación administrativa controvertida fuera una vía de hecho.

Conflictos, quien aprovechó la ocasión para establecer un nuevo criterio en orden a la competencia de los jueces civiles ante las obras públicas constitutivas de vía de hecho. Dijo así:

«Considérant que les conclusions dirigées contre le refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public, et le cas échéant a ce que soit ordonné ce déplacement ou cette suppression, relèvent par nature de la compétence du juge administratif; qu'ainsi, l'autorité judiciaire ne saurait, sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public; qu'il n'en va pas autrement que dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée».

Al margen de cómo el Tribunal de Conflictos resolvió el asunto (11), lo destacable es que, modificando su jurisprudencia anterior, reconoce con carácter general la competencia del juez civil para *tocar* las obras públicas constitutivas de vía de hecho —pues tales son aquellas cuya ejecución «procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative» (12)— siempre que no se haya activado un procedimiento apropiado de regularización.

La jurisdicción civil ya ha aplicado por lo menos una vez esa doctrina a un litigio que nada tenía que ver con instalaciones eléctricas, sino con una obra para la captación de agua, acreditando así la universalidad de la nueva solución. En la decisión *Consorts X c/ Commune de Verdun-sur-Ariège*, de 30 de abril de 2003, el Tribunal de Casación ha anulado una Sentencia del de Apelación de Toulouse, de 5 de junio de 2001, en lo que ésta afirmaba, fiel al viejo principio, que los jueces civiles no pueden ordenar la destrucción de una obra pública incurso en vía de hecho. La *Cour de Cassation* hace suyas las palabras del Tribunal de Conflictos antes transcritas y afirma que el Tribunal de Apelación no ha resuelto conforme a Derecho en este concreto extremo (13).

(11) No consideró que hubiera vía de hecho, pues la apreciación judicial de la ilegalidad del título jurídico que servía de base a la obra pública tuvo lugar mucho tiempo después de la ejecución de ésta (casi ocho años); en tales circunstancias, dice el Tribunal de Conflictos, la implantación de la obra pública no puede considerarse constitutiva de vía de hecho.

(12) Tal es la fórmula clásica. Vid. S. PETIT: *La voie de fait administrative*, París, PUF, 1995, 35 ss.

(13) La Sentencia comentada en www.courdecassation.fr; fecha de entrada: 5 de mayo de 2003. Alude a ella, remitiendo a ese mismo sitio virtual, M.-Ch. DE MONTECLER: *La remise en cause de l'intangibilité de l'ouvrage public en cas de voie de fait*, «AJDA», 12 de mayo de 2003, 917. Está reproducida al final del citado comentario de LAVIALLE, 490.

Expuesto lo anterior, hagamos algún comentario acerca de los dos requisitos de los que depende que el juez civil pueda, a partir de ahora, ordenar el desplazamiento, modificación o demolición de una obra pública irregular.

2. *Primer presupuesto de la competencia del juez civil: una vía de hecho administrativa*

En su contribución al homenaje a Guy BRAIBANT, Ronny ABRAHAM, a la sazón *maître des requêtes au Conseil d'État* (14), se preguntaba por el sentido que podría tener la teoría de la vía de hecho si existieran procedimientos que permitieran a los jueces administrativos ejercer un control rápido y eficaz de las actuaciones gravemente irregulares de la Administración (15). Esa pregunta no estaba formulada en el vacío.

En primer lugar, conectaba con las dudas existentes a propósito de la justificación actual de las consecuencias jurisdiccionales inherentes a la teoría de la vía de hecho (16), que no todos los expertos veían con buenos ojos (17). En segundo lugar, tenía que ver con una determinada experiencia: los jueces civiles habían forzado los límites objetivos de la teoría de la vía de hecho y aceptado su competencia para conocer de comportamientos administrativos aquejados de vicios graves pero no de tanta entidad como requiere la formulación clásica de la teoría de la vía de hecho. El Tribunal de Conflictos hizo lo que pudo por corregir esa tendencia, que la doctrina tampoco aprobaba (18) y bajo la cual subyacía una impresión bastante exacta: el juez administrativo carecía de poderes para combatir con la celeridad necesaria los comportamientos groseros de la Administración, mientras que el juez civil disponía de ellos. En tales circunstancias, no es quizá extraño que se forzara su intervención, aunque harina de otro costal fuera

(14) Es decir, miembro del Consejo de Estado de grado inmediatamente inferior al de *Conseiller d'État*, que suele actuar como Comisario del Gobierno.

(15) R. ABRAHAM: «L'avenir de la voie de fait et le référé administratif», en *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, 11-13.

(16) Esto es, y por lo que hace a las competencias exclusivas del juez civil, acordar una indemnización y adoptar las medidas necesarias en orden a la prevención o cesación de la vía de hecho, incluido ahí el poder de *injection* (hasta ahora no operativo, como sabemos ya, frente a las obras públicas); cfr. PETIT: *op. cit.*, 105 ss.; CHAPUS: *Droit Administratif Général*, vol. I, cit., 869-871; M. LONG et al.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 2001 (13.ª ed.), 316.

(17) Por ejemplo, Ch. DEBBASCH y J. C. RICCI: *Contentieux administratif*, París, Dalloz, 1994 (6.ª ed.), 83-84; el propio ABRAHAM comparte la opinión (*op. cit.*, 8-11), así como el Comisario del Gobierno ARRIGHI DE CASANOVA en sus conclusiones a la decisión del Tribunal de Conflictos *Préfet de Police de Paris c. Tribunal de Grande Instance de Paris*, de 12 de mayo de 1997, «RFDA», núm. 3, 1997, 514 ss.

(18) Cfr. ABRAHAM: *op. cit.*, 1 ss.; R. CHAPUS: *Droit Administratif Général*, cit., I, 874-875; D. THIERRY: *La jurisprudence Eucat dix ans après: sa portée sur la théorie de la voie de fait*, «RFDA», núm. 3, 1997, 533-536; M. FOULETIER: *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, «RFDA», núm. 5, 2000, 972-973; R. VANDERMEEREN: *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, «AJDA», 20 de septiembre de 2000, 712; I. MONTEILLET: *La réforme des pouvoirs du juge administratif face à l'urgence*, «Gazette du Palais», 8-9 de septiembre de 2000, 1715.

que el requerido aceptara el envite y se considerara competente para enjuiciar actuaciones administrativas que sólo podían ser calificadas como vías de hecho merced a una interpretación extensiva de las patologías que conforme al planteamiento tradicional las generan.

El legislador ha modificado el paisaje. La relevante Ley 2000-597, de 30 de junio de 2000, *relative au référé devant les juridictions administratives*, ha atribuido a los jueces administrativos importantes poderes con que enfrentarse a determinados comportamientos de la Administración ante los cuales estaban desarmados hasta ahora (19). Entre otras novedades de fuste, crea el llamado *référé liberté* o *référé injoction*, que facilita la rápida protección de las libertades fundamentales atacadas por comportamientos administrativos graves y manifiestamente ilegales que deben ser contestados con urgencia; frente a ellos, el *juge administratif* puede adoptar ahora todas las medidas necesarias para la salvaguardia de la libertad agredida en un plazo que no excederá de cuarenta y ocho horas, siendo interesante destacar que este *référé* es independiente de cualquier litigio de fondo; se trata de una demanda de *injoction à titre principal* cuya procedencia sólo depende de que concurran los requisitos legalmente establecidos (20).

A la vista de ello, la pregunta de ABRAHAM antes mencionada cobra nueva vida: ¿tiene sentido conservar la teoría de la vía de hecho si el juez administrativo dispone ya de poderes para proteger urgente y eficazmente al ciudadano cuyas libertades fundamentales han sido agredidas por una Administración que actúa con manifiesta ilegalidad? Y la dimensión de esa pregunta se agiganta si tenemos en cuenta que la interpretación jurisprudencial del concepto de *liberté fondamentale* presente en el artículo L. 521-2 del *Code de Justice Administrative* lo ha extendido al derecho de propiedad (21); de ahí se sigue que los derechos susceptibles de tutela

(19) Véanse, con carácter general, los estudios de FOULETIER y VANDERMEEREN citados en la nota precedente. Además, R. CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 2002 (10.ª ed.), 1251 ss.; las Actas del Coloquio celebrado en París el 5 de diciembre de 2001, publicadas en «RFDA», núm. 2, 2002, 245 ss., bajo el título *Les référés administratifs: bilans et enjeux de la réforme*; y, desde luego, el Informe del grupo de trabajo creado en el seno del Consejo de Estado para preparar la reforma, en «RFDA», núm. 5, 2000, 941 ss. Aun no referido a todos los procedimientos previstos en la Ley de 30 de junio de 2000, LONG *et al.*: *op. cit.*, 864 ss. Entre nosotros, la norma ha ocupado la atención de S. DE LA SIERRA: *En busca del tiempo perdido. Breves apuntes sobre la reciente reforma de la justicia administrativa en Francia*, «REDA», núm. 116, 2002, 367 ss., especialmente. Un enfoque comparado de la Ley citada, aunque no sólo de ella, en M. FROMONT: *Les pouvoirs d'injoction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences*, «RFDA», núm. 3, 2002, 551 ss.

(20) Dice exactamente el actual artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa: «saisie d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarant-huit heures».

(21) Vid. Consejo de Estado, 29 de marzo de 2002, *SCI Stephaure et autres* («AJDA», 24 de febrero de 2003, 345 ss., con un comentario de P. GROSIEUX); 27 de noviembre de 2002, *Société Résidence du théâtre* («Le Dalloz», núm. 12, IR, 2003, 808-809); 3 de enero de 2003, *Ministre de l'Intérieur c. Société Kerry* («AJDA», 24 de febrero de 2003, con un comentario de J. P. GILLI). Entre la doctrina que tiene a la vista esa jurisprudencia, J. TRÉMEAU: *Le référé*

a través del nuevo procedimiento coinciden con los que protegen los jueces civiles en aplicación de la teoría de la vía de hecho, pues es conocido que ésta, además de implicar que la Administración se ha comportado con grave irregularidad, acarrea una agresión a las libertades públicas, a los derechos fundamentales o a la propiedad privada.

Aunque la Ley 2000-597 ha traído consigo una novedad tan apreciable como la mencionada, no está entre sus pretensiones acabar con la teoría de la vía de hecho ni con sus resultados en el plano de la competencia jurisdiccional (22). El artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa supedita la intervención del juez a que quien atenta de forma grave y manifiestamente ilegal a una libertad fundamental actúe «dans l'exercice d'un de ses pouvoirs», lo que no sucede cuando de la vía de hecho se trata, que presupone justamente que la actuación gubernativa, además de agredir a la libertad o a la propiedad, *est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration*. El Tribunal de Conflictos ha confirmado ya que la teoría de la vía de hecho sobrevive a la creación del *référé liberté* (23). Con todo, la lógica sugiere que si *le juge administratif du référé liberté* está en condiciones de dispensar una tutela judicial eficaz y urgente al ciudadano que precisa protección frente a un ataque manifiestamente grave e ilegal a una de sus libertades fundamentales o al derecho de propiedad, no hay ninguna razón para forzar los límites objetivos de esa peculiar construcción de la jurisprudencia francesa que es la vía de hecho (24).

En consecuencia, la competencia que a la jurisdicción civil ha reconocido el Tribunal de Conflictos en el asunto *Binet* deberá ejercerse respetando escrupulosamente el contorno ortodoxo de la teoría de la vía de hecho, y sólo las obras públicas indudablemente constitutivas de tal podrán ser *tocadas* por el juez civil. En otro caso, si las ilegalidades no son tan graves, si, como podrá no ser extraño, la obra pública antijurídica es fruto de una

ré-liberté, instrument de protection du droit de propriété, «AJDA», 7 de abril de 2003, 653 ss. Algún autor había anticipado su confianza en que tal fuera la solución que definitivamente adoptaran los jueces; así, VANDERMEEREN: *op. cit.*, 713.

(22) Cfr. FOULETIER: *op. cit.*, 973; VANDERMEEREN: *op. cit.*, 713-714; MONTEILLET: *op. cit.*, 1519-1520; M.-Ch. ROUALT: *La Loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif*, «Le Dalloz», núm. 5, 2001, 377-378; G. BACHELIER: *Le référé-liberté*, «RFDA», núm. 2, 2002, 261-262.

(23) Tribunal de Conflictos, *Préfet de police c. TGI Paris, Mlle. Mohamed c. Ministre de l'Intérieur*, de 19 de noviembre de 2001, en «AJDA», marzo 2002, 234 ss., con nota de S. PETIT. Apenas dos meses antes de la entrada en vigor de la Ley de 30 de junio de 2000, el Tribunal de Conflictos había aplicado también la teoría de la vía de hecho en el asunto *M. Boussadar c. Ministre des Affaires étrangères*, de 23 de octubre de 2000, comentado por M. GUYOMAR y P. COLLIN en «AJDA», 20 de febrero de 2001, 143 ss.

(24) Cfr. S. TRAORÉ: *Référé-injonction et voie de fait. Vers un retour à l'orthodoxie en matière de voie de fait*, «Droit Administratif. Éditions du Juris-Classeur», abril 2001, 10 ss. Cuestión distinta es que pueda producirse el riesgo que denuncia FAVOREU (*La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés*, «Le Dalloz», núm. 22, 2001, 1744), quien ve probable que el mantenimiento de la vía de hecho implique una reivindicación de competencia sobre las mismas materias por parte de las dos jurisdicciones (civil y administrativa), lo que, dice, no es moderno pues no es el interés del justiciable el que se tiene preferentemente en cuenta.

emprise irrégulière, el juez civil deberá abstenerse de ordenar su demolición o desplazamiento (25). Es de suponer que el Tribunal de Conflictos velará, con el celo que le caracteriza, por la pulcritud en el reparto de las competencias jurisdiccionales y, con ello, por la pureza de la teoría de la vía de hecho, cuyo efecto actual sobre la intangibilidad de la obra pública es una justificación añadida a las que de suyo avalan su encuadramiento estricto.

3. *Segundo presupuesto de la competencia del juez civil: ausencia de un procedimiento apropiado de regularización*

Conforme a la Sentencia *Binet*, la vía de hecho no basta para que la obra pública irregular pierda la inmunidad ante el juez civil; es preciso también «qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée». El Tribunal de Conflictos se refiere a un procedimiento por medio del cual la Administración dicta un acto administrativo que *regulariza* la situación y elimina hacia el futuro las ilegalidades cometidas. No tiene efectos terapéuticos sobre los vicios anteriores, que ni sana ni convalida; es un acto nuevo que, sin corregir ni modificar la ilegalidad precedente, le pone término en un momento dado y hacia el futuro (26). Precisamente porque la regularización carece de efectos retroactivos, puede ser utilizada en caso de vías de hecho (27). No es una paradoja, sino una consecuencia coherente con el funcionamiento del mecanismo: si la regularización no tiene como efecto la subsanación *ex tunc* de los vicios del actuar administrativo, es indiferente que éstos sean insubsanables. Este procedimiento no absuelve de los pecados cometidos, sino que a partir de un determinado momento temporal (el de la regularización) endereza las conductas desviadas sin afectar a la situación precedente. Por ello, una regularización adecuada es compatible con el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que el actuar administrativo contrario a Derecho haya podido ocasionar desde que comenzó a producirse hasta que aquélla le pone fin.

En su citada monografía, ISRAEL sostiene que la intangibilidad de la obra pública obstaculiza prácticamente los procedimientos de regularización pues, dice, como la obra no puede desplazarse, destruirse o modificarse, ningún sentido tiene regularizarla; cubierta y consolidada la obra

(25) La expresión *emprise irrégulière* designa una desposesión inmobiliaria irregular en cuya realización se ha incurrido en vicios de menor gravedad institucional que los generadores de la vía de hecho; frente a ella, el juez civil es competente para decretar una indemnización, pero carece de los poderes de que dispone cuando de las vías de hecho se trata. Es una figura distinta a la vía de hecho pero a veces fronteriza con ella. Cfr. CHAPUS: *Droit administratif général*, cit., vol. I, 866-868; DEBBASCH y RICCI: *op. cit.*, 73-76; J. MOREAU: *Droit administratif*, París, PUF, 1989, 490-492; PETIT: *op. cit.*, 90 ss., así como el comentario a las decisiones del Tribunal de Conflictos *Hôtel du Vieux-Beffroi* y *Rivoli-Sébastopol*, ambas de 17 marzo de 1949, en la 10.^a ed. (1993) de LONG *et al.*: *op. cit.*, 398 ss. (en la 13.^a, ya citada aquí, ese comentario no aparece).

(26) Véase la tesis doctoral de J. J. ISRAEL: *La régularisation en Droit administratif français*, París, LGDJ, 1981.

(27) Cfr. J. CARBAJO: *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, París, LGDJ, 1980, 90-94; ISRAEL: *op. cit.*, 177-178.

pública por el principio de intangibilidad, un eventual procedimiento de regularización sería, a juicio del autor, inoperante por ser el inmueble inmune (28). El Tribunal de Conflictos no comparte esa opinión, pues afirma la necesidad de regularizar las obras públicas constitutivas de vía de hecho si quiere eludirse la competencia del juez civil para ordenar su desplazamiento, modificación o destrucción; esto es, deben regularizarse si aspiran a seguir siendo intangibles para *le juge judiciaire*. Por lo demás, nótese que el Tribunal de Conflictos considera que basta con que el procedimiento de regularización haya dado comienzo para que la competencia del juez civil quede descartada; no exige que haya concluido (29).

III. EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y LA TANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA: EL ARRÊT DEL CONSEJO DE ESTADO DE 29 DE ENERO DE 2003

Si los requisitos expuestos no concurren, la Sentencia *Binet* afirma que pertenece al juez administrativo la competencia para pronunciarse sobre si procede el desplazamiento, la modificación o la destrucción de las obras públicas irregulares. Como bien se comprende, la cuestión central es la de qué puede hacer el juez administrativo, pues no se avanza nada con afirmar su competencia si se concluye con que tiene las manos atadas porque la obra pública irregular es intangible. A lo largo de la década de los noventa del siglo xx, dicha cuestión pasó a primer plano merced a dos elementos que conviene traer a la vista (30).

El primero proviene del Consejo de Estado, quien en la decisión *Époux Denard, époux Martin*, de 19 de abril de 1991, aceptó que la jurisdicción administrativa conozca de un acuerdo gubernativo que rehúsa demoler o desplazar una obra pública y lo anule si incurre en un error manifiesto de apreciación de los intereses en presencia. El segundo elemento es de orden legal: la Ley 95-125, de 8 de febrero de 1995, ha atribuido a los jueces administrativos poderes de *injection* para, a instancia de parte interesada, asegurar la efectividad de las sentencias firmes que impliquen la adopción de una medida determinada.

A la vista de la situación, era evidente que los jueces administrativos estaban facultados para ejercer los nuevos poderes de *injection* si era necesario forzar la ejecución de una sentencia firme que hubiera anulado un

(28) ISRAEL: *op. cit.*, 190-191.

(29) Así se desprende del vocabulario utilizado por el Tribunal de Conflictos («qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée») y de las propias expresiones doctrinales. En su nota citada a la Sentencia *Binet*, GENEVOIS habla de «l'accent mis sur l'absence de régularisation en cours» e interpreta «que le juge des conflits a entendu souligner qu'il n'est pas souhaitable d'ordonner la suppression d'un ouvrage public dont l'implantation, quoique manifestement illégale, est en passe d'être régularisée». La misma idea en el comentario que rubrica SABLIERE: «on ne peut plus dire ouvrage public mal planté ne se détruit pas mais, désormais, ouvrage public mal planté mais en voie de régularisation appropriée ne se détruit pas».

(30) Expongo en dos párrafos apretados cuestiones desarrolladas con más amplitud en BARCELONA LLOP: *op. cit.*, 488 ss.

acuerdo por el que la Administración rehusaba modificar o demoler una obra pública. Lo que no era tan evidente es que esos poderes se tradujeran necesariamente en una orden judicial de demolición o desplazamiento, pues era posible que la *injection* consistiera en exigir a la Administración que dictara un nuevo acto administrativo evaluando más meditadamente las circunstancias concurrentes (31).

Pronto, algunos Tribunales Administrativos se inclinaron por considerar que, vigente la Ley 95-125, el principio de intangibilidad de la obra pública era más frágil que antes (32), pero ha sido la decisión del de Apelación de Marsella de 5 de marzo de 2002, *Mme. Gasiglia*, la que lo ha puesto en el disparadero, tanto que ha sido presentada como un audaz golpe a la caracterización clásica del principio de intangibilidad (33). En síntesis, el debate era el siguiente. El 31 de diciembre de 1996, el Tribunal Administrativo de Niza anuló un acuerdo gubernativo de 14 de julio de 1996 relativo a la instalación de una línea eléctrica por no existir utilidad pública que lo justificara; presentada apelación, fue desestimada por la *Cour Administrative d'Appel* de Marsella el 9 de diciembre de 1999. El 7 de diciembre de 2000, la señora Gasiglia exigió la ejecución de aquellas resoluciones judiciales, a lo que el Tribunal de Marsella accedió de la siguiente forma:

«Considérant, d'autre part, que l'arrêté du 14 août 1996 a été annulé par jugement du Tribunal administratif de Nice, en date du 31 décembre 1996, au motif que la construction de la ligne électrique dont il autorisait le tracé, ne présentait pas un caractère d'utilité publique; que l'exécution de ce jugement, non remis en cause par les arrêts du 9 décembre 1999, exigeait, sans attendre que le Conseil d'État se soit prononcé sur le pourvoi présenté devant lui par le syndicat général de l'électricité et du gaz, la remise en état des lieux, dans un délai raisonnable; que, l'absence d'exploitation de la ligne ne pouvait être considérée comme une mesure suffisante d'exécution, le jugement du 31 décembre 1996 susmentionné doit être regardé comme non exécuté, à la date du présent arrêt; que la circonstance que la ligne électrique soit un ouvrage public ne fait pas obstacle à ce que le juge administratif, dans le cadre des pouvoirs que lui

(31) Ambas soluciones son factibles conforme a la decisión *Époux Denard, époux Martin* y la Ley de 8 de febrero de 1995 las contempla con carácter general, pues admite que el cumplimiento de una sentencia pueda implicar bien la adopción de una medida de ejecución en un sentido determinado, bien el dictado de un nuevo acto administrativo.

(32) Referencias en R. CHAPUS: *Droit Administratif Général*, cit., vol. II, 572; *Droit du contentieux administratif*, cit., 897.

(33) Así, el suelto de M.-C. M.: *Quand l'ouvrage public peut être détruit*, «AJDA», junio 2002, 473. *A propos du sérieux coup porté à l'adage* es el título con el que se informa del asunto en www.p-h-redoutey.com (fecha de entrada: 21 de mayo de 2003). Alude al mismo BRONDEL: *op. cit.*, 762; se encuentran también referencias en los comentarios citados *infra* al *arrêt* del Consejo de Estado de 29 de enero de 2003. Manejo el texto de la decisión por www.denistouret.net (fecha de entrada: 22 de mayo de 2003).

confère l'article L. 911-4 du code de justice administrative susmentionné, ordonne la dépose de la ligne et la remise en état des lieux».

Nótese que el Tribunal consideró que el hecho de no estar la línea eléctrica en explotación no bastaba para entender cumplidas las resoluciones jurisdiccionales anulatorias del acuerdo administrativo en que se apoyaba su implantación, y que la condición de obra pública que la línea eléctrica tenía no impedía que se ordenara su destrucción y la restitución del lugar a su ser inicial. El resorte normativo utilizado fue el artículo L. 911-4 del *Code de Justice Administrative*, que proviene de la ya citada Ley de 8 de febrero de 1995 y habilita al juez para, a instancia de parte interesada, adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia, incluso con la imposición de multas o *astreintes* en caso de eventual incumplimiento de la orden en el plazo señalado por los jueces (34). Es también relevante que el Tribunal de Marsella considerara que la única forma de ejecutar la sentencia fuera hacer desaparecer la obra pública del lugar donde había sido implantada.

Como era de esperar, el Consejo de Estado ha sido llamado a pronunciarse. Lo ha hecho el 29 de enero de 2003 con la decisión *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, que ha suscitado de inmediato el interés de la doctrina (35). Dice allí el Consejo de Estado que

«lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté d'une façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvé-

(34) La decisión comentada hace uso de tal posibilidad, pues confiere a la Administración un plazo de tres meses para *remettre les lieux en état*, con apercibimiento de multa de ciento cincuenta euros por cada día de retraso.

(35) Alusiones en BRONDEL: *op. cit.*, 764, y en el suelto de E. ROYER: *La fin du principe d'intangibilité de l'ouvrage public?*, «AJDA», 10 de febrero de 2003, 205. Entre los comentarios más elaborados, además del ya citado de LAVIALLE y todos incorporando la decisión del Consejo de Estado, P. SABLIERE en «AJDA», 21 de abril de 2003, 784 ss.; J. BOUGRAB: *La relecture du principe d'intangibilité de l'ouvrage public*, «Les Petites Affiches», núm. 101, 21 de mayo de 2003, 4 ss.; en el núm. 113 de la misma Revista (6 de junio de 2003), 20 ss.; J. CHARRET y S. DELLIANCOURT: *Une victoire à la Pyrrhus du droit de propriété sur le principe d'intangibilité de l'ouvrage public*. Incluso algún *site web* oficial ha destacado la importancia del *arrêt*. En la sección *affaires juridiques* del *Secrétariat général pour la Administration* de la página del Ministerio de Defensa (www.defense.gouv.fr) se encuentra un breve comentario al mismo bajo el rótulo siguiente: «ouvrage public mal planté peut se détruire, ou la fin du principe d'intangibilité des ouvrages publics».

nients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général».

A la vista está que el Consejo de Estado traza las etapas del proceso intelectual que el juez administrativo ha de recorrer antes de ordenar la demolición de una obra pública cuya ilegalidad ha sido constatada judicialmente, y a la vista está, por eso mismo, que una orden semejante es posible. De hecho, el *arrêt* de 29 de enero de 2003 entiende que el Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella ni ha cometido un error de Derecho ni decidido fuera de los poderes de que dispone en virtud del artículo L. 911-4 del *Code de Justice Administrative*. Pero detengámonos en los requisitos que es necesario cumplimentar para que sea jurídicamente válida la orden judicial de demoler o desplazar una obra pública cuya implantación ha sido anulada por sentencia firme.

i) En primer lugar, es preciso que la ejecución de la decisión judicial anulatoria implique la demolición de la obra. El Consejo de Estado menciona sin más que debe ser así, sin añadir ninguna consideración adicional. En sus conclusiones, la Comisaria del Gobierno Ch. MAGÜÉ había afirmado que «cette première condition suppose à notre sens que la décision de réalisation de l'ouvrage ait été annulée pour un motif de fond et non pour un simple vice de procédure tenant à un manquement aux prescriptions formelles de la procédure» (36). El silencio del Consejo de Estado sobre el particular sugiere que no acepta que la demolición de la obra pública esté en función de la índole del vicio que aqueja al acto administrativo anulado, que ahí no se encuentra la almendra de este primer requisito, sino en el sentido de la sentencia para cuya ejecución se impetra del juez el ejercicio del poder de *injection* que el legislador le ha atribuido.

Con todo, no hay que descartar que el *arrêt* tenga en cuenta de alguna forma el argumento expuesto por la Comisaria MAGÜÉ, aunque a otros efectos, como vamos a ver ahora.

ii) El *arrêt* de 29 de enero de 2003 afirma que el juez debe analizar si es posible un procedimiento apropiado de regularización. Si es posible, no que haya dado comienzo, que es lo que el Tribunal de Conflictos había dicho en la Sentencia *Binet* a propósito de las obras públicas constitutivas de vía de hecho. Y la pregunta es: ¿cuándo una regularización es imposible? Hay quien entiende que si el vicio cometido es de procedimiento la regularización puede practicarse, mientras que si concierne a condiciones de

(36) Las conclusiones de MAGÜÉ han sido citadas *supra*, nota 3; al lugar allí señalado me remito para cualesquiera alusiones que a las mismas se hagan a partir de ahora.

fondo, no; otros autores comparten en principio el criterio, pero añaden que en algunos casos los vicios de fondo también pueden regularizarse; mientras que no falta quien opina que el juez puede atender tanto a los elementos formales como a los materiales para dilucidar si la regularización puede practicarse (37). El laconismo del *arrêt*, no mayor que el de la gran mayoría del Consejo de Estado, dificulta la interpretación adecuada y aconseja aguardar acontecimientos posteriores.

Dicho sea con la máxima cautela, quizá el criterio que relaciona la posibilidad de regularización con la naturaleza del vicio cometido sea relevante aquí. Como acabamos de ver, la Comisaria MAGÜÉ otorga relevancia a la distinción entre vicios de fondo y de procedimiento en relación con si la ejecución del fallo judicial anulatorio de la decisión de implantar la obra exige o no su demolición. A propósito de la regularización, dice que debe estar en curso (no que sea posible) y que si el procedimiento no ha comenzado el juez deberá «rechercher si les nouvelles circonstances de droit ou de fait ne conduisent pas à justifier le maintien de l'ouvrage» (38).

El Consejo de Estado no hace exactamente suyo el planteamiento de MAGÜÉ, pero si tenemos en cuenta que la doctrina considera que la regularización de los actos viciados por razón de fondo cabe si se ha producido un cambio de circunstancias de hecho o de Derecho (39), quizá resulte que, al final, los caminos conduzcan al mismo sitio y que la regularización será siempre posible si el vicio es de procedimiento y si es sustancial en función de si han cambiado o no las circunstancias de hecho o de Derecho. De todos modos, es una especulación, pues el Consejo de Estado no da ninguna pista. Lo único seguro es que el juez llamado a pronunciarse deberá hacerlo sin apriorismo teórico de ninguna clase, siquiera deba valorar si, por aplicación de un principio general que no se discute y que recuerda a la cláusula *rebus sic stantibus*, a la vista de la situación de hecho o de Derecho existente a la hora de decidir sobre las medidas a adoptar para forzar la ejecución de la sentencia anulatoria, pervive la obligación que aquélla impuso a la Administración que perdió el pleito (40).

iii) En tercer lugar, y supuesto que la regularización no sea posible, el juez deberá tomar en consideración los inconvenientes que genera la exis-

(37) Respectivamente, BOUGRAB: *op. cit.*, 7; CHARRET y DELIANCOURT: *op. cit.*, 24-25; LAVIALLE: *op. cit.*, 487.

(38) Aplicando el criterio al caso, señala MAGÜÉ que no es lo mismo que la obra pública de referencia (una línea eléctrica) sirva sólo a un domicilio conforme a su finalidad inicial a que, con posterioridad, sirva también a otros usuarios nuevos.

(39) Cfr. ISRAEL: *op. cit.*, 172-173. El autor considera que el principio de intangibilidad de la obra pública es un obstáculo de derecho a la regularización, pero ya nos consta que el Tribunal de Conflictos no comparte ese criterio. En cuanto a los obstáculos fácticos, se refiere también a la vía de hecho pero completamente consumada, esto es, que ya no se puede regularizar por haber ultimado temporalmente sus efectos (*op. cit.*, 189-190).

(40) Cfr., al margen del supuesto estudiado, CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, cit., 893. Dice el autor en 1060 que, tratándose de decidir para el presente y el futuro y no de condenar el pasado, es normal que las demandas de adopción de medidas de ejecución se valoren teniendo en cuenta las circunstancias de Derecho y de hecho existentes a la fecha, «et cela conformément à une jurisprudence à laquelle une portée générale doit être reconnue».

tencia de la obra para los diversos intereses públicos o privados en presencia (y especialmente para el propietario del terreno sobre el que ha sido implantada), las consecuencias de la demolición sobre el interés general y, en último término, evaluar «en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général».

Esto es, aunque no sea posible regularizar la obra ilegal, una eventual orden judicial de demolición sólo podrá pronunciarse después de una ponderación de los intereses en juego en la que pesan notablemente las exigencias del interés general, extremo éste sobre el que se había detenido la Comisaria del Gobierno y cuyo criterio parece asumir el Consejo de Estado (41). Si no hacía mucho que *el Conseil d'État* había interpretado que, a la vista de la jurisprudencia, el interés general había dejado de ser la coartada universal de la intangibilidad de la obra pública (42), ahora llama a su puerta y le permite justificar que las obras públicas cuyo fundamento jurídico ha sido anulado jurisdiccionalmente puedan seguir en pie.

Pero, cuidado, el interés general juega hoy un papel muy distinto al que jugaba antes. Si hasta ahora el interés general avalaba sin excepciones la intangibilidad de las obras públicas, a partir de ahora podrá prevalecer e impedir la demolición de una obra pública en particular pero sólo tras la debida y cuidada ponderación de los intereses en presencia; es cierto que forma parte, y con gran peso específico, de los elementos a valorar, pero también que debe ser evaluado, lo que confiere al juez poderes de apreciación de los que antes carecía. Como ha escrito LAVIALLE en su nota repetidas veces citada al *arrêt* que nos ocupa, la diferencia con la situación anterior estriba en que ahora corresponde al juez apreciar la prioridad del interés general en cada caso; «un glissement —dice el autor— s'est bien opéré du principe d'essence romaniste à un causalisme de facture anglo-saxonne où l'intérêt général n'est pas posé *a priori* mais résulte d'une analyse de la situation et des éventuels conflits d'intérêts (...) Désormais la protection de l'ouvrage public passe moins par l'affirmation d'une position de principe que par la démonstration de son utilité sociale».

No sin fundamento, la doctrina que se ha ocupado del *arrêt* de 29 de enero de 2003 recuerda la teoría del *bilan coûts-avantages*, alumbrada por

(41) Dice MAGÜÉ que consideraciones de interés general pueden obstaculizar la demolición de la obra; así, si su existencia obedece a un imperioso motivo de interés general ligado, por ejemplo, a la preservación del orden público o a consideraciones relacionadas con la salud pública, o incluso al funcionamiento de un servicio público. «Notre sentiment —dice MAGÜÉ— est que dans de tels cas, le motif d'annulation ne sera le plus souvent pas de nature à justifier la démolition de l'ouvrage. L'existence d'un motif d'intérêt général supérieur aura pour conséquence que l'illégalité de l'implantation de l'ouvrage n'impliquera pas sa destruction».

(42) Así, en el *Rapport Public* de 1999, como recuerda oportunamente SABLIERE: *op. cit.*, 786. El *Rapport* alude a la decisión del Consejo de Estado *Époux Denard, époux Martin*, citada más atrás en el texto, y a la del Tribunal de Casación *Consorts Baudron de Mony c. Électricité de France*, de 6 de enero de 1994 (cfr. BARCELONA LLOP: *op. cit.*, 493-495). Es al hilo de ellas que dice exactamente lo que sigue: «Au yeux du juge, l'intérêt général ne saurait donc constituer un alibi commode pour faire prévaloir des considérations d'opportunité et d'économie. En tout état de cause, il ne saurait légitimer l'illegalité faite ouvrage» («Conseil d'État. Études et Documents», núm. 50, 276).

el Consejo de Estado treinta años atrás (43) y que ya había sido invocada por el Comisario del Gobierno Henri TOUTÉE en sus conclusiones al asunto *Époux Denard, époux Martin*, de 19 de abril de 1991, donde, como se ha dicho, el Consejo de Estado aceptó que los jueces administrativos puedan anular la negativa de la Administración a demoler o desplazar una obra pública. Si en ese caso el balance podía desembocar en la anulación del acuerdo gubernativo de rechazo a modificar una obra pública si el interés general debía ceder ante otros intereses en presencia, ahora podrá conducir a ordenar la demolición de la obra ilegal.

La teoría del *bilan* fue formulada en 1971 a propósito del control jurisdiccional de las declaraciones de utilidad pública de las expropiaciones forzosas y, desde entonces, ha dado lugar a muy pocas anulaciones, generalmente referidas además a operaciones de pequeña envergadura (44). Quizá esta experiencia anuncie la suerte práctica del *bilan* que los jueces administrativos habrán de practicar cuando se les reclame que ordenen a la Administración que destruya o desplace obras públicas cuya ilegalidad ha sido constatada judicialmente, quizá no (45). Es pronto para pronunciarse y ocasiones se presentarán de analizar las actitudes y razonamientos de los jueces sobre el particular; también de verificar si el *arrêt* de 29 de enero de 2003 es el final de un proceso o la etapa de una evolución que no ha hecho más que comenzar. Lo evidente es que la obra pública ya no es tan intangible para el juez administrativo como antes, que la obra pública irregular no prevalece siempre y en todo caso, apodícticamente y por principio.

Señalo, por último, que algunos autores dudan de que la posición que el Consejo de Estado mantiene en el *arrêt* de 29 de enero de 2003 sea la más ajustada a la jurisprudencia europea relativa al derecho a la ejecución de las decisiones judiciales que, desde la Sentencia *Hornsby c. Grecia*, de 19 de marzo de 1997, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice que forma parte del derecho a un proceso equitativo que garantiza el artículo 6 del Convenio (46). Se abre aquí un camino cuya exploración promete ser

(43) Cfr. LAVIALLE: *op. cit.*, 488; BOUGRAB: *op. cit.*, 8; SABLIERE: *op. cit.*, 786.

(44) Vid. el comentario de LONG *et al.*: *op. cit.* (13.^a ed.), 623 ss., a la decisión del Consejo de Estado, de 28 de mayo de 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération de Défense des personnes concernés par le projet actuellement dénommé «Vile Nouvelle Est»*. Con todo, y los autores del comentario se hacen eco ya del asunto en la edición manejada, en 1997 el Consejo de Estado ha anulado la declaración de utilidad pública de las obras de construcción de una autopista, que no es precisamente una obra menor. Para no reiterar, me remito a las referencias que incluyo en 491-492 de mi trabajo citado.

(45) Seguramente no indica nada, pero es digno de notar que la decisión *Ville Nouvelle Est*, tras practicar el *bilan* por ella misma auspiciado, concluyó afirmando que no podía negarse que la operación enjuiciada fuera de utilidad pública, mientras que en el *arrêt* de 29 de enero de 2003 la ponderación de intereses conduce a un resultado contrario en la medida en que, como se ha dicho, el Consejo de Estado avala la postura del Tribunal Administrativo de Apelación de Marsella ordenando la demolición de la obra pública litigiosa.

(46) Vid. CHARRET y DELLIANCOURT: *op. cit.*, 27. Sobre esa jurisprudencia europea, F. SUDRE *et al.*: *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, PUF, 2003, 260 ss. Además de las sentencias citadas allí, véase *Jasiūniene c. Lituania*, de 6 de marzo de 2003 (§ 27).

interesante, pero no podemos aplicarnos a ella sin violentar los límites objetivos del presente trabajo. Me limito a indicar que quizá no es completamente seguro que el criterio del Tribunal de Estrasburgo sea aplicable cuando un órgano del orden jurisdiccional administrativo acuerda la no ejecución de la sentencia que declara la ilegalidad de una obra pública y de la que se sigue que la obra debe demolerse; esto es, cuando la no ejecución se debe a la decisión de un juez y no a la acción u omisión de otro órgano o autoridad del Estado. En cualquier caso, habrá que estar atentos a la evolución del Derecho sobre el particular.

IV. FINAL

El estatuto de inmunidad de la obra pública ha sido y sigue siendo una creación jurisprudencial. El legislador no ha dicho nunca ni palabra acerca de ella, ni para avalarla ni para corregirla (47); son los jueces quienes, en su día, consideraron que las obras públicas son intangibles; son los jueces quienes, durante un siglo y medio, han velado por la incorruptibilidad de la regla, y son los jueces quienes, por último, han establecido sus derogaciones. En 1979, *le doyen* VEDEL se preguntaba por si el Derecho Administrativo francés podía ser indefinidamente jurisprudencial (48); por ahora, sabemos que en lo concerniente a la intangibilidad de la obra pública lo es.

Ahora bien, eso no significa que los jueces franceses se comporten como si la regla de la intangibilidad de la obra pública estuviera en una burbuja, flotando en el líquido amniótico segregado por una experiencia secular y al margen de cualquier influencia exterior. Nada más lejos de la realidad. Sus tribulaciones últimas acreditan que no es así. Podremos pensar que los jueces debían haber ido más lejos, pero no rechazar que han dado pasos importantes hacia la modificación del principio, impensables no hace mucho tiempo. ¿Por qué lo han hecho?

Creo, y con esto termino, que la transformación del contexto jurídico general hacía insostenible que el estatuto de inmunidad de la obra pública se mantuviera como siempre y como si nada sucediera. Contexto del que forman parte la doctrina, el legislador y, seguramente también, el Tribunal

(47) Como sí ha hecho en otras ocasiones. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado sancionó en la decisión *Ministre d'État chargé des Affaires Sociales c. Sieur Amoros et autres*, de 23 de enero de 1970, que los actos administrativos de rechazo no pueden ser suspendidos por el juez «sauf dans le cas où le maintien de cette décision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement». Treinta años después, el legislador ha barrido la regla, pues el *référé suspension* creado por la Ley de 30 de junio de 2000, citada *supra*, procede incluso frente a las decisiones administrativas de rechazo (art. L. 521-1 del *Code de Justice Administrative*). El Consejo de Estado se ha adelantado unos días a la entrada en vigor de esa Ley (el 1 de enero de 2001) y en el *arrêt Ouatah*, de 20 de diciembre de 2000, ha aceptado la suspensión de los actos administrativos de rechazo. Ese *arrêt*, precedido de las importantes conclusiones de F. LAMY, en «RFDA», núm. 2, 2001, 371 ss.; vid. también M. GUYOMAR y P. COLLIN: *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, «AJDA», 20 de febrero de 2001, 146 ss.

(48) G. VEDEL: *Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel?*, «Conseil d'État. Études et Documents», núm. 31, 1979-1980, 31 ss.

Europeo de Derechos Humanos (49). La primera, clamando hace tiempo por una nueva y más moderna formulación del estatuto jurídico de la obra pública; el segundo, introduciendo novedades importantes (poderes de *injction*, nuevos procedimientos de *référé*) que tienen el efecto indirecto de hacer aparecer la concepción clásica del principio de intangibilidad como un vestigio de los tiempos en los que era normal que el control jurisdiccional de la Administración fuera débil, frente al de hoy que se pretende muy intenso y extenso; el tercero, enfatizando, como se ha dicho al comienzo, la protección que dispensa el régimen europeo de los derechos y libertades al derecho de propiedad, que es al que habitualmente ofenden las obras públicas irregulares. Es muy difícil calcular el peso que cada uno de esos elementos ha podido tener en la nueva fisonomía del principio de intangibilidad de la obra pública, pero es indiscutible que el contexto del que forman parte ha tenido que ver con la transformación de una vieja regla jurídica que, seguramente, ha tenido que adaptarse para no morir.

¿Va a llegar más lejos la metamorfosis del principio de intangibilidad de la obra pública? Quién sabe; particularmente, quisiera que estas páginas concluyeran como los episodios de los seriales televisivos de aventuras improbables con los que tanto disfruté en mi infancia. Es decir, que acaban con una sola palabra: continuará.

(49) Cfr. BRONDEL: *op. cit.*, 764 ss.